

Ireneusz C. Kamiński*

KONTROWERSJE PRAWNE WOKÓŁ PRZESTĘPSTWA POLEGAJĄCEGO NA POMAWIANIU NARODU O POPEŁNIENIE ZBRODNI

I. W ustawodawstwach szeregu krajów istnieją przepisy zabraniające obrażania, wyszydzania, lżenia bądź znieważania narodu lub państwa.¹ Taki przepis znalazł się również w nowym polskim Kodeksie karnym z 1997 roku.² Artykuł 133 k.k. zakazuje pod groźbą kary pozbawienia wolności do lat 3 publicznego znieważania Narodu lub Rzeczypospolitej Polskiej.

Kodeksowe formuły mówiąca o obrażaniu (i pokrewnych działaniach) narodu bądź państwa są ogólne i nieprecyzyjne. Zakres ich dyspozycji musi zostać ustalony i przesądzony w procesie wykładni. Jak pokaże omawiany w dalszej części artykułu przykład tureckiego kodeksu karnego, sformułowanie zabraniające znieważania tureckości lub państwa tureckiego (art. 301) zostało użyte do ścigania osób, które posłużyły się tezą o popełnieniu przez Turcję w czasie pierwszej wojny światowej zbrodni ludobójstwa na ludności ormiańskiej.

* Dr Ireneusz Kamiński – adiunkt w Instytucie Nauk Prawnych PAN oraz Katedrze Porównawczych Studiów Cywilizacji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹ Zob. przegląd ustawodawstwa zatytułowany *Legal provisions concerning defamation, libel and insult. Brief overview of related legislation in selected European countries*, DH-MM(2003)006 rev., przygotowany przez Sekcję Mediów Dyktoriatu Generalnego Praw Człowieka Rady Europy. Należy zauważyć, że wiele z tych formalnie obowiązujących przepisów pozostaje w praktyce martwych, zwłaszcza w „starych” demokracjach naszego kontynentu.

² Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 ze zm.

W możliwość analogicznego jak w prawie tureckim „włączenia” w zakres art. 133 polskiego k.k. czynu, który polegałby na pomówieniu narodu polskiego o dokonanie zbrodni, powątpiewał zapewne polski ustawodawca, skoro postanowił wprowadzić do polskiego prawa karnego szczególnie przepis zabraniający takiego pomówienia. Ustawa z 18 października 2006 roku o ujawnieniu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów (zwana potocznie ustawą lustracyjną)³ dokonywała nowelizacji Kodeksu karnego, wprowadzając dodatkowy przepis art. 132a. Przewidywał on, że „kto publicznie pomawia Naród Polski o udział, organizowanie lub odpowiedzialność za zbrodnie komunistyczne lub nazistowskie, podlega karze pozbawienia do lat 3”. Równocześnie w nowelizacji postanowiono, że do czynu, o którym mówi art. 132a k.k., ma zastosowanie zasada ochronna bezwzględna (obostrzona, nieograniczona) – dodanie punktu 1a do art. 112. Oznacza to, że odpowiedzialności prawnej za akt pomówienia z art. 132a k.k. podlega nie tylko obywatel polski, lecz każda osoba i to niezależnie od przepisów obowiązujących w miejscu popełnienia przestępstwa. Inaczej mówiąc, ściganiu podlega także cudzoziemiec, który zabronionego pomówienia dopuszcza się poza Polską.

Nieobowiązujący już dzisiaj art. 132a k.k. stanowił jedyny znany mi przypadek przepisu prawa karnego, który dokonywał *expressis verbis* penalizacji specyficznego czynu polegającego na pomówieniu narodu o popełnienie zbrodni. Można zatem postawić pytanie o to, jakie szczególne powody i racje sprowokowały polskiego ustawodawcę, by dodać do polskiego Kodeksu karnego postanowienie, które jest prawniczym ewenementem. W uzasadnieniu pierwotnej propozycji legislacyjnej czytamy, że zmiana umożliwiająca ściganie pomówienia jest „konieczna, gdyż bardzo często na arenie międzynarodowej jesteśmy świadkami nieprawdziwych oskarżeń kierowanych pod adresem zarówno Narodu jak i obywateli polskich o rzekomą pomoc czy kolaborację ze zbrodniczymi reżimami – nazistowskim i komunistycznym. Proponowana zmiana ma wyposażać IPN w nowe narzędzia mające na celu usprawnienie oraz przyspieszenie ścigania tego rodzaju przestępstw i obronę prawdy historycznej” (Druk sejmowy nr 334/V kad.). Użyte słowa sugerowałyby powstanie oraz istnienie w 2006 roku konkretnego, poważnego i wielokrotnionego („bardzo często”) zagrożenia, które wynikało z formułowania poza Polską („na arenie międzynarodowej”) nieprawdziwych

³ Dz. U. z 2006 r., Nr 218, poz. 1592.

oskarżeń dotyczących cześć narodu. W rzeczywistości legislacyjną inicjatywę 20 posłów Ligi Polskich Rodzin wydawała się powodować publikacja jednej książki – „Sąsiadów” Jana T. Grossa o zbrodni popełnionej w lipcu 1941 roku na Żydach w Jedwabnem.⁴ Wprowadzoną zmianę prawa karnego można zatem kolokwialnie określić jako swoiste *lex Gross*.

II. Nowelizację Kodeksu karnego polegającą na wprowadzeniu artykułów 132a i 112 pkt 1a zakwestionował Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej RPO), wnosząc wniosek do Trybunału Konstytucyjnego.⁵ Nowym przepisom zarzucono niezgodność z art. 54 ust. 1 (wolność wypowiedzi) i art. 73 (chroni m.in. wolność badań naukowych) w związku z art. 31 ust. 3 (w części wymagającej, by ograniczenia swobód były proporcjonalne) Konstytucji. We wniosku wskazano, że szereg obowiązujących ustaw zakłada, umożliwiając ściganie karne, że pewni członkowie narodu polskiego popełnili zbrodnie tak w okresie okupacji hitlerowskiej, jak i władzy komunistycznej.⁶ Z drugiej strony znowelizowane przepisy zabraniają wypowiedzi na ten temat, przewidując karę pozbawienia wolności. Dochodzi do sprzeczności różnych przepisów prawa i towarzyszących im założeń.⁷ Trudno w konsekwencji określić, gdzie znajduje się granica, której przekroczenie powoduje, że dochodzi do wypowiedzi nieprawdziwej, mającej cechy pomówienia.

⁴ Druga książka J.T. Grossa pt. „Strach” – o stosunku Polaków do Żydów po II wojnie światowej, zawierała już mniejszy „potencjał”, by oceniać ją w kategoriach pomówienia o popełnienie zbrodni. Z pomówieniem trudno też kojarzyć samo określenie „polskie obozy koncentracyjne”, które pojawiało się w zagranicznych mediach, stając się przedmiotem interwencji polskich placówek dyplomatycznych.

⁵ Wniosek z 15 stycznia 2007 r., pismo RPO-545868-II-06/ST.

⁶ Art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz. U. z 1998 r., Nr 155, poz. 1016 ze zm.), w brzmieniu ustalonym przez art. 39 pkt 2 ustawy lustracyjnej); ustawa z dnia 23 lutego 1991 r. o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego (Dz. U. z 1991 r., Nr 34, poz. 149 ze zm.); ustawa z dnia 24 stycznia 1991 r. o kombatantach oraz niektórych osobach będących ofiarami represji wojennych i okresu powojennego (Dz. U. z 1991 r., Nr 42, poz. 371); dekret z 31 sierpnia 1944 r. o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstw i znęcania się nad ludnością cywilną oraz dla zdrajców Narodu Polskiego (Dz. U. z 1946 r., Nr 69, poz. 377).

⁷ Obok wskazanych już wcześniej przepisów można przywołać także art. 55 ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, który pod groźbą odpowiedzialności karnej zabrania negowania zbrodni nazistowskich i komunistycznych.

RPO wskazał także na nieproporcjonalność przewidzianych sankcji. Swoboda wypowiedzi i badań naukowych, choć nie mają charakteru absolutnego, posiadają bardzo istotną rangę. Sankcje prawne za nadużycia tych swobód muszą być więc rygorystycznie proporcjonalne, by nie rodzić tzw. efektu mrożącego, a więc nie odstraszać i nie powstrzymywać od udziału w publicznych debatach. Skoro zgodnie z powszechnie znaną i akceptowaną wiedzą członkowie polskiego społeczeństwa (narodu) brali udział w popełnieniu zbrodni nazistowskich i komunistycznych, a dyskusja o tych kwestiach ma niekwestionowane znaczenie publiczne (służy społecznie uzasadnionemu interesowi), odwołanie się ustawodawcy do instrumentarium prawa karnego, uruchamianego z oskarżenia publicznego, musi w oczywisty sposób rodzić negatywne następstwa dla podejmowania tematów, które mogą zostać objęte dyspozycją nowych przepisów.

Stanowisko RPO i wspierającą je argumentację poddał krytyce Prokurator Generalny.⁸ Jego zdaniem kwestionowane przepisy są zgodne z Konstytucją, spełniając wymogi art. 31 ust. 3. Służą ochronie prawdy historycznej, bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego. Trybunał Konstytucyjny nie powinien również wkraczać (w konsekwencji zasady podziału władz) w wybór rozwiązań prawnych dokonany przez władzę prawodawczą. Prokurator Generalny nie zgodził się także z podnoszoną we wniosku sprzecznością różnych przepisów prawa. Jego zdaniem pojęcie Narodu Polskiego należy interpretować jako odnoszące się do wszystkich obywateli Rzeczypospolitej Polskiej, a nie poszczególnych osób. W takim ujęciu, wynikającym z preambuły do Konstytucji, fakt popełnienia zbrodni przez pewnych obywateli polskich nie mógłby rzutować na sytuację Narodu Polskiego, bo ten nie brał udziału w zbrodniach nazistowskich i komunistycznych, ich nie organizował i nie ponosi za nie odpowiedzialności.

Stanowisko Prokuratora Generalnego zostało radykalnie zmienione pismem z 4 lutego 2008 roku, w którym tym razem wnioskowano o uznanie nowych przepisów za niezgodne z Konstytucją.⁹ Wskazywano, że cześć i szacunek należne Narodowi Polskiemu chronił już przed dokonaniem nowelizacji art. 133 k.k., a godność jednostki jako członka narodu zabezpieczał art. 257 k.k. (zabrania on znieważania grupy lub osoby m.in. ze względu na

⁸ Pismo z 12 czerwca 2007 r. NR PR 850/8/07.

⁹ Miało to miejsce już po przyspieszonych wyborach parlamentarnych z 21 października 2007 r. i po stworzeniu nowego rządu przez Platformę Obywatelską oraz Polskie Stronnictwo Ludowe, a więc ugrupowania, które wcześniej stanowiły parlamentarną opozycję.

jej przynależność narodową). Dodane przepisy oznaczają więc niecelowe „dalsze mnożenie karalności stanów faktycznych, u podstaw których leży archaiczne założenie, że każdy naród, a w szczególności Naród Polski jest monolityczną jednością”.

Prokurator akcentował, że wolność badań naukowych powinna być rozumiana jako swoboda naukowego odkrywania prawdy historycznej. Zaskarżone przepisy wolność tę ograniczają nadmiernie i bez wyraźnie identyfikowanej konieczności, stwarzają ryzyko „kształtowania” prawdy historycznej w obrębie akceptowanych przez władze publiczne granic, których przekroczenie rodziłoby odpowiedzialność karną. Tymczasem poziom akceptacji ocen dotyczących historii najnowszej może być nie tylko różny, ale wręcz rozbieżny, bo naród jest zbiorowością niejednorodną i zróżnicowaną.

W drugim piśmie Prokuratora Generalnego poza wsparciem zarzutów RPO¹⁰ pojawia się także nowy wątek prawny. Wskazano, że konstytucyjne zastrzeżenia może budzić już sam sposób wprowadzenia zaskarżonych przepisów do obowiązującego prawa (uchybień proceduralne związane z procesem ustawodawczym). Nowe przepisy Kodeksu karnego zostały dodane przy okazji uchwalania ustawy lustracyjnej, przez co miało dojść do wykroczenia poza przedmiot tej ustawy oraz dokonano nowelizacji regulacji kodeksowej, która charakteryzuje się kompletnością uregulowań i wewnętrzną systematyką.

Marszałek Sejmu w swoim piśmie (z 24 czerwca 2008 roku) podzielił stanowisko RPO, akcentując nieproporcjonalność wprowadzonych sankcji, które mogą „powodować zaprzestanie badań historycznych dotyczących zbrodni komunistycznych lub nazistowskich bądź powstrzymanie się od publikowania wyników takich badań”. Dodatkowo za niekonstytucyjnością przepisów przemawia to, że nie wyłączają one przestępności czynu w przypadku upublicznienia informacji zgodnej z prawdą (brak kontratypu prawdziwej wypowiedzi).

III. Obok pierwotnego zarzutu o zasadniczym charakterze (materialna niezgodność nowelizacji z Konstytucją) w zmodyfikowanej wersji skargi RPO znalazł się także zarzut dotyczący procedury (błędu w procedurze legislacyj-

¹⁰ Prokurator Generalny koncentruje się przy tym na przepisie Konstytucji gwarantującym swobodę badań naukowych art. 73), rozważanym w związku z przepisem określającym przesłanki dopuszczalnej ingerencji (art. 31 ust. 3). Wątek dotyczący swobody wypowiedzi i jej ograniczania staje się natomiast – jego zdaniem – zbędny (jako zagadnienie ogólniejsze).

nej). Zgodnie za zasadą ekonomizowania dokonywanego przeglądu kwestie proceduralne są rozstrzygane jako pierwsze, a stwierdzenie niekonstytucyjności procedury prawotwórczej skutkuje eliminacją przepisów z porządku prawnego, czyniąc dalszą kontrolę merytoryczną już bezprzedmiotową.

Skargę RPO Trybunał Konstytucyjny rozpoznał wyrokiem z 19 września 2008 roku.¹¹ Uwagę zwraca fakt, że w sprawie było dwóch sędziów sprawozdawców (Wojciech Hermeliński i Mirosław Wyrzykowski), co łączyło się z różnicą ocen, jaka ujawniła się podczas analizy zarzutów (pierwszy sprawozdawca dołączył później do wyroku swoje zdanie odrębne).

Pierwotnie do penalizacji pomawiania narodu polskiego miało dojść przez dodanie przez ustawę lustracyjną art. 55a do ustawy z dnia 18 grudnia 1998 roku o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (dalej jako ustawa o IPN). Przyjęta przez Sejm ustawa lustracyjna, która dokonywała takiej zmiany, została następnie przekazana Senatowi. Biuro Legislacyjne Kancelarii Senatu wypowiedziało się jednak krytycznie o art. 55a, rekomendując jego skreślenie. Pogląd ten został następnie podzielony przez senackie komisje rozpoznające ustawę i ostatecznie przez sam Senat. Ale przekazując swoją decyzję Sejmowi wyższa izba parlamentu dołączyła też propozycję poprawki zgłoszonej przez trójkę senatorów (Krzysztof Putra, Stanisław Kogut i Piotr Łukasz Juliusz Andrzejewski), popartą przez mniejszość senackiej Komisji Praw Człowieka i Praworządności. Poprawka ta proponowała, by przepis dotyczący pomówienia narodu o zbrodnię (w takim samym brzmieniu jak uchwalony przez Sejm) został przeniesiony do Kodeksu karnego (jako jego art. 132a), a dodatkowo, by o to przestępstwo został poszerzony katalog czynów objętych zasadą ochronną bezwzględna (dodanie art. 112 pkt 1a k.k.). Ze stanowiskiem senackiej mniejszości zgodził się następnie Sejm (nieodrzućenie poprawki).

Problematyka dotycząca proceduralnych wymogów procesu legislacyjnego była wielokrotnie przedmiotem orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego.¹² Omawiany wyrok dotyczył jednego z zagadnień: problemu poprawek do ustaw. TK konsekwentnie dążył do zachowania konstytucyjnej specyfiki

¹¹ K 5/07, OTK ZU 2008, nr 7A, poz. 124. Sentencja została ogłoszona w Dz. U. z 2008 r., Nr 173, poz. 1080.

¹² Syntezy tego wątku orzeczniczego dokonało Biuro Trybunału Konstytucyjnego w opracowaniu *Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008 (wyd. 7).

instytucji poprawki i jej odrębności wobec instytucji inicjatywy ustawodawczej. Inaczej mówiąc, nie chciano dopuścić, by senackie poprawki służyły do objęcia przepisów o inicjatywie ustawodawczej Senatu.¹³

Jak wcześniej wskazałem, nowelizacja Kodeksu karnego nie była przedmiotem pierwotnej inicjatywy ustawodawczej Sejmu (precyzyjnie – pięciu projektów poselskich). Poprawka Senatu miała charakter nietypowy: zachowywała brzmienie przepisu uchwalonego przez Sejm, ale „przemieszczała” go do innego aktu prawnego (Kodeksu karnego), dokonując równocześnie modyfikacji zakresu stosowania „przemieszczonego” przepisu. TK musiał zatem ustalić, czy dokonana zmiana mieściła się w granicach materii uchwalonej przez Sejm, czy też poza te granice wykraczała, stanowiąc w rzeczywistości własną inicjatywę ustawodawczą Senatu. W wyroku zauważono przy tym, że samo „międzyustawowe” przeniesienie przepisu nie przesądza jeszcze o niekonstytucyjności postępowania (pkt III.3.3. *in fine*).

TK zwrócił uwagę, że pierwotnie autorzy inicjatyw ustawodawczych nie zamierzali wprowadzić do Kodeksu karnego nowego przestępstwa polegającego na pomawianiu narodu polskiego o zbrodnię. Chciano jedynie wyposażyć IPN w uprawnienie do wszczynania z urzędu (niezależnie od prokuratury) postępowania, gdy Polska lub Polacy jako zbiorowość są pomawiani o zbrodnie komunistyczne bądź nazistowskie. Wydaje się, że takie procesowe uprawnienie łączono z czynem przewidzianym w art. 133 k.k. Akt pomawiania traktowano więc – moim zdaniem błędnie – jako spełniający dyspozycję przestępstwa polegającego na znieważeniu Państwa lub Narodu. Dopiero po krytycznych uwagach podniesionych w czasie procesu legislacyjnego zdecydowano się to procesowe uprawnienie IPN (obejmujące kilka przestępstw) połączyć także z nowym przestępstwem pomawiania Narodu.¹⁴ Pierwotny cel ustawodawczy (realizowany przez posłów Sejmu) polegał jednak na wzmocnieniu śledczych uprawnień IPN, a poprawka Senatu realizację

¹³ *Resumé* tego wątku orzeczniczego zawiera pkt III.3.2. wyroku.

¹⁴ Precyzyjnie, nowy art. 45a miał nadawać uprawnienie do wszczęcia postępowania przez IPN (prokuratora IPN) w odniesieniu do przestępstw określonych w art. 54-55a ustawy o IPN. Artykuł 55a, dodawany ustawą lustracyjną, włączał do polskiego prawa porządku prawnego przestępstwo pomówienia Narodu. Pozostałe dwa już istniejące przepisy, w związku z którymi IPN miał nabyć prawo do inicjowania postępowania karnego, dotyczyły m.in. niszczenia bądź ukrywania dokumentów objętych gestią IPN (art. 54) i negowania zbrodni nazistowskich lub komunistycznych (art. 55).

tego celu udaremniała (pkt III.3.5.).¹⁵ Także poszerzenie zasady ochronnej bezwzględnej (art. 112 pkt 1a) o nowy przepis stanowiło – jak określił to TK – „ewidentną nowość normatywną” (pkt III.3.6.).

W orzeczeniu znalazł się także rozbudowany wątek dotyczący proceduralnych wymogów związanych ze zmianą kodeksów. TK kierował się zasadą, że kodeks jako wyróżniony typ ustawy zajmuje szczególne miejsce w krajowym systemie prawnym; ma zapewnić spójną i możliwie zupełną oraz trwałą regulację. Pojęcia używane w kodeksach są przy tym traktowane jako wzorcowe dla innych ustaw, co oznacza, że domniemywa się, że ustawy nadają im takie samo znaczenie jak kodeks.

Aby zabezpieczyć szczególne miejsce kodeksu w systemie prawa, a więc zapobiec podejmowaniu pochopnych decyzji o treści kodeksowej regulacji, zostały stworzone specyficzne wymogi związane z uchwalaniem kodeksów (co dotyczy również ich zmiany). Po pierwsze, Konstytucja wyklucza stosowanie do kodeksów pilnego trybu ustawodawczego (art. 123 ust. 1). Po drugie, Regulamin Sejmu¹⁶ ustanawia w przypadku kodeksów liczne odrębności proceduralne związane z przebiegiem prac ustawodawczych. Chociaż Regulamin Sejmu stanowi akt niskiego rzędu (sejmowa uchwała), Trybunał wskazał na jego doniosłość (Sejm samowziął się jego postanowieniami) jako wzorca kontroli proceduralnych wymogów procesu prawodawczego.¹⁷

Akceptując poprawkę Senatu do ustawy lustracyjnej (nieodrzucając poprawki mniejszości), co skutkowało nowelizacją Kodeksu karnego, Sejm nie zastosował przepisów o zmianie kodeksów. Oczywiście nie każde uchybienie proceduralne musi prowadzić do niekonstytucyjności uchwalanego prawa, lecz jedynie to, które posiada „istotną rangę”. Regulamin Sejmu wymaga, aby podczas prac ustawodawczych dotyczących kodeksów zostały zachowane terminy przechodzenia do kolejnych etapów procesu ustawodawczego, co ma zapewnić czas na wymaganą analizę i krytyczną refleksję. Reguły dotyczące terminów należy uznać za obligatoryjny element procesu legislacyjnego. Tym samym pominięcie ich rozstrzyga o niekonstytucyjności uchwalonych zmian.

¹⁵ Uważam wszakże, że gdyby przepis dotyczący pomawiania Narodu został wprowadzony do k.k. przez Sejm w odpowiedni sposób (specjalny tryb nowelizacji kodeksu, o czym w dalszej części opracowania), nowelizacja nie rodziłaby proceduralnych zastrzeżeń.

¹⁶ Tekst jedn. M.P. z 2009 r., Nr 5, poz. 47.

¹⁷ Taki pogląd został już wcześniej wyrażony w wyrokach TK: K. 3/98 z 24 czerwca 1998 r., OTK ZU 1998, nr 4, poz. 52 i P 11/02 z 19 lutego 2003 r., OTK ZU 2003, nr 2A, poz. 12.

Naruszenie Konstytucji (art. 7 i 121 ust. 1 w związku z art. 118 ust. 1) TK stwierdził stosunkiem czterech głosów do jednego. Sędzia Hermeliński, który nie zgodził się z wyrokiem, swój pogląd uzasadnił w dołączonym zdaniu odrębnym. Jego zastrzeżenia mają trojaki charakter. Po pierwsze, kwestionuje on umorzenie postępowania w części dotyczącej zasadniczych (merytorycznych) zarzutów, gdy TK stwierdził niekonstytucyjność procedury legislacyjnej. Zdaniem sędziego postępowanie winno być kontynuowane, zwłaszcza że RPO pierwotnie kwestionował nowe przepisy ze względu na ich niezgodność z art. 54 ust. 1 i art. 73 (w związku z art. 31 ust. 3) Konstytucji. Kwestie związane z procesem ustawodawczym zostały dodane jako towarzyszące do głównych zastrzeżeń. Odpowiedź na pytanie o zgodność z Konstytucją penalizacji przestępstwa polegającego na pomówieniu narodu o popełnienie zbrodni byłaby wskazówką, czy dokonany wybór legislacyjny, gdyby został zrealizowany proceduralnie poprawnie, mieści się granicach Konstytucji. Sędzia Hermeliński uważa, że nic nie przeszkadza w ponownym uchwaleniu przez polski parlament identycznych przepisów (nie obalono domniemania ich zgodności z Konstytucją).

Po drugie, zdaniem sędziego Hermelińskiego merytoryczne zarzuty RPO, które kwestionowały proporcjonalność sankcji karnej, miały zastosowanie jedynie do art. 132a (przestępstwo pomawiania), ale już nie do art. 112 pkt 1a (objęcie zasadą ochronną bezwzględną). Ten ostatni przepis nie dotyczy bowiem sankcji, lecz określa, kto i gdzie popełnia przestępstwo. Konstytucyjność art. 132a i art. 112 pkt 1a winna być badana samodzielnie. Inaczej mówiąc, zakwestionowanie penalizacji pomówienia powoduje jedynie, że odniesienie do tego przestępstwa w 112 pkt 1a staje się „normą pustą”, której eliminacja z porządku prawnego nie należy jednak do TK.¹⁸

Po trzecie, sędzia nie zgodził się z oceną Trybunału, że doszło do naruszenia reguł należytego tworzenia prawa. Poprawki Senatu powstały w ramach realizacji tych samych założeń legislacyjnych. Inaczej niż uznał TK, legislacyjnych celów inicjatywy ustawodawczej nie powiązano z nadaniem IPN uprawnień śledczych (podejmowanie postępowań), ale z zapewnieniem efektywnej ochrony czci i dobrego imienia narodu polskiego. Elementem realizacji takiego celu było wprowadzenie do porządku prawnego przestępstwa

¹⁸ W takim wariantcie pozostająca w Kodeksie karnym pusta norma art. 112 pkt 1a zapewne prowokowałaby, by wskazywane przez nią przestępstwo pomówienia ponownie znalazło się w kodeksie.

pomówienia narodu o popełnienie zbrodni. Sędzia nie dopatrzył się także niekonstytucyjności w „przeniesieniu” identycznie brzmiącego przepisu z ustawy o IPN do Kodeksu karnego.

Zgadzam się ze sposobem analizy podjętym przez TK (stwierdzenie „błędu drogi” usuwa przepis z porządku prawnego, a więc nie jest już konieczne badanie „błędu przepisu”) i z konkluzją stwierdzającą, że złamanie reguł procedury legislacyjnej było na tyle poważne, iż oznaczało naruszenie Konstytucji. Oczywiście dużo ciekawsza byłaby analiza zasadniczych zastrzeżeń, jakie art. 132a i art. 112 pkt 1a k.k. postawił pierwotnie RPO.

IV. Czy eliminacja z polskiego porządku prawnego przepisu art. 132a k.k. powoduje, że na mocy obowiązującego obecnie prawa karnego wykluczone jest pociągnięcie do odpowiedzialności prawnej jednostek, które „pomawiają naród o popełnienie zbrodni”? Moim zdaniem samo „pomówienie” nie może być dzisiaj podstawą do ścigania za popełnienie przestępstwa. Inaczej mówiąc, art. 133 i 257 k.k. nie dają się interpretować w taki sposób, by ich dyspozycje objęły wypowiedź będącą pomawianiem. Oba przepisy penalizują czyn, który przyjmuje postać „znieważania”. Takie zachowanie musi mieć „obelżywy, obraźliwy charakter, polegające na uczynieniu sobie z Narodu lub Rzeczypospolitej Polskiej pośmiewiska, okazywaniu pogardy czy uwłaczaniu szacunkowi oraz czci przysługującej Narodowi oraz Rzeczypospolitej Polskiej. Istotą znamienia «znieważa» jest niemożliwość dokonania takiego zachowania w kategoriach wartości logicznej prawdy lub fałszu”.¹⁹ Oznacza to, że wypowiedź stanowiąca akt znieważenia ma charakter oceny (opinii, sądu wartościującego).²⁰

Pomówienie jest natomiast podniesieniem zarzutu (postawieniem tezy), który poddaje się weryfikacji w kategoriach prawdy i fałszu. Takie rozumienie jest łączone z pomawianiem, do którego odnosi się art. 212 k.k.²¹ Winno być ono konsekwentnie stosowane do wszystkich wypowiedzi, które są określane mianem pomówienia. Samo zatem „pomawiające twierdzenie” nie może zostać zakwalifikowane jako akt znieważania. O posiadaniu „znieważającej” kwalifikacji będzie decydowała szczególna postać wypowiedzi. Artykuły 133

¹⁹ A. Zoll [red.], *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, Warszawa 2008, s. 123.

²⁰ Zniewagę traktuję jako pewną postać oceny, a nie wyłącznie jako inwektywę, do której pojęcie oceny nie miałyby już zastosowania.

²¹ Zob. A. Zoll [red.], *op. cit.*, s. 764.

i 257 k.k. mogą więc zostać użyte tylko wtedy, gdy pomówieniu towarzyszy obelżywa, obraźliwa forma. Lecz to taka właśnie forma, a nie samo pomówienie, spowodują uruchomienie prawa karnego.

Zrekonstruowaną wykładnię wspiera też historia zakwestionowanej nowelizacji. Aby ścigać karnie autora pomówienia Narodu lub Rzeczypospolitej Polskiej konieczne było dodanie do Kodeksu karnego (prawa karnego) przepisu w brzmieniu art. 132a k.k. Gdy przepis ten został usunięty z obowiązującego prawa, nie można go wprowadzać „tylnymi drzwiami” pod pretekstem wykładni pojęcia znieważania z art. 133 k.k.

Na marginesie omawianego wątku należy jednak wskazać, że formuła znieważania, stosowana w kontekście m.in. przepisów chroniących naród i państwo (ich część i szacunek), zawiera swoistą pokusę, by znieważaniu chronionych podmiotów nadawać szeroki zakres. Jako ilustracja może posłużyć głośny przed wojną, aczkolwiek zapomniany już dzisiaj, proces Stanisława Cywińskiego.²²

Cywiński, który był filozofem, historykiem literatury, wykładowcą Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie, jak i dziennikarzem publikującym w endeckim „Dzienniku Wileńskim” oraz konserwatywnym „Słowie”, napisał recenzję książki Melchiora Wańkowicza „COP – ognisko siły”. Recenzja ukazała się 30 stycznia 1938 roku w „Dzienniku Wileńskim”. Wańkowicz przywoływał w swojej książce, będącej reportażem z budowy Centralnego Okręgu Przemysłowego, określenie Józefa Piłsudskiego, że „Polska jest jak obwarzanek, to warte, co po brzegach”. Cywiński napisał zaś w recenzji, że Wańkowicz „zadaje kłam słowom pewnego kabotyń, który mawiał o Polsce, że jest jak obwarzanek: to tylko warte, co po brzegach, a w środku pustka”.

Początkowo publikacja przeszła niezauważona.²³ Zwrócił nań uwagę po niespełna dwóch tygodniach „Naród i Państwo”, organ prasowy sanacyjnego Związku Naprawy Rzeczypospolitej, rozszyfrowując, do kogo odnosiło się słowo „kabotyń”. Miało to dwie konsekwencje dla Cywińskiego. Po pierwsze, generał Stefan Dąb-Biernacki, inspektor armii w Wilnie, wydał na odprawie podległych sobie oficerów „rozkaz honorowy”, by ci podjęli kroki mające chronić dobre imię Marszałka. Rozkaz został zrealizowany przez brutalne

²² Proces ten przypominał Włodzimierz Kalicki w artykule *Honor obwarzanka*, „Gazeta Wyborcza” (Duży Format) z 10 kwietnia 2006 r., s. 18.

²³ Nawizań do Marszałka nie zauważył również naczelnik Wydziału Społeczno-Politycznego wileńskiego Urzędu Wojewódzkiego, do którego należała wstępna kontrola publikacji przed ich dopuszczeniem do druku.

pobicie autora recenzji, dokonane przez grupę czterech wojskowych.²⁴ Po drugie, Cywińskiego oskarżono o popełnienie przestępstwa z art. 152 kodeksu karnego z 1932 roku. Przepis ten stanowił, że „kto łży lub wyszydza Naród lub Państwo Polskie podlega karze więzienia do lat 3”.

Sąd nie miał wątpliwości, że przepis zabraniający naruszania czci narodu i państwa polskiego ma zastosowanie do rozpoznawanego przypadku. Związek między Narodem i Marszałkiem sędzia wyłuszczył w następujący sposób: „Naród zaś, to nie tylko zespół jednostek mówiących tym samym językiem. To zespół ludzi złączonych krwią i duchem. Z tej krwi Narodu Polskiego i tego ducha wyrósł Józef Piłsudski i będąc tego ducha najdoskonalszym wcieleniem, stał się królem-duchem swego Narodu, stał się jego miłością i wzorem, stał się symbolem. A imię jego w sercach Polaków na zawsze głęboko wryte, tak ściśle z imieniem Narodu zostało związane, że jakakolwiek bądź jego zniewaga dotyka cały Naród Polski, tego Narodu jest wzywaniem i obrazą”.

Wileński sąd okręgowy skazał Cywińskiego na maksymalną możliwą karę, czyli trzy lata pozbawienia wolności. O połowę karę tę skrócił następnie Sąd Najwyższy. Faktycznie skazany odsiedział jedynie pięć miesięcy.

Jeszcze gdy trwał wileński proces, Sejm jednogłośnie przyjął 7 kwietnia 1938 roku w trybie pilnym ustawę o ochronie imienia Józefa Piłsudskiego – Pierwszego Marszałka Polski.²⁵ Była ona niezwykle lakoniczna, więc jej treść można przytoczyć w całości:

„Art. 1. Pamięć czynu i zasługi JÓZEFA PIŁSUDSKIEGO²⁶ – Wskrziesiciela Niepodległości Ojczyzny i Wychowawcy Narodu – po wsze czasy należy do skarbnicy ducha narodowego i pozostaje pod szczególną ochroną prawa.

Art. 2. Kto uwłacza imieniu JÓZEFA PIŁSUDSKIEGO, podlega karze więzienia do lat 5.

Art. 3. Wykonanie niniejszej ustawy powierza się ministrowi sprawiedliwości.

Art. 4. Ustawa wchodzi w życie z dniem ogłoszenia.”

Do wejścia w życie ustawy (13 kwietnia 1938 roku) uwłaczanie imieniu Marszałka realizowało, w wykładni dokonanej przez wileński sąd okręgowy

²⁴ Zdemolowano także redakcję „Dziennika Wileńskiego” i pobito dwie znajdujące się tam osoby: redaktora naczelnego oraz dziennikarza. Sam Cywiński został pobity we własnym domu na oczach żony i 14-letniej córki.

²⁵ Dz. U. z 1938 r., Nr 25, poz. 219.

²⁶ Duże litery w oryginale.

i podtrzymanej przez Sąd Najwyższy, dyspozycję art. 152 k.k. Później, nie chcąc zakwestionować tej interpretacji jako błędnej, należałoby przepisać art. 2 ustawy z 7 kwietnia 1938 roku uznać za kwalifikowaną postać przestępstwa znieważenia Narodu.²⁷ Był to zaskakujący i zadziwiający przypadek, gdy część narodu i państwa jako takie podlegały słabszej ochronie niż część narodu i państwa personizowane przez konkretną postać polityczną.²⁸

V. Wróćmy jednak do współczesności i rozważmy następującą hipotezę: przepis art. 132a nie został usunięty z polskiego porządku prawnego przez Trybunał Konstytucyjny i nadal obowiązuje. Na jego podstawie dochodzi do skazania, utrzymanego przez kolejne instancje sądowe. Następnie skarga związana z takim wyrokiem trafia do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Zarzut postawiony w skardze mówi o złamaniu chroniącego swobodę wypowiedzi art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej jako Konwencja).²⁹ Jak Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu

²⁷ Nowowprowadzonemu przestępstwu uwłaczania imieniu Marszałka musiała towarzyszyć inna sankcja niż przewidziana w art. 152 k.k., bo w przeciwnym przypadku byłoby to dowodem, że skazanie Cywińskiego dokonało się z naruszeniem zasady *nullum crimes sine lege* (ustawa z 7 kwietnia 1938 r. kreowałaby dopiero nowe przestępstwo zagrożone taką samą sankcją jak w art. 152 k.k.). Modyfikacja możliwej kary mogła polegać bądź na jej złagodzeniu (łagodniejsza forma przestępstwa), bądź podwyższeniu (kwalifikowana). Sanacyjny Sejm nie miał chyba wyboru, musiał zdecydować się na drugą opcję. Cywiński miał tym samym swoiste szczęście, bo gdyby dopuścił się obrazy Marszałka po 13 kwietnia, mógł – gdy pamięta się podniosłe *dictum* wileńskiego sędziego – otrzymać jeszcze wyższy wyrok.

²⁸ Formalnie ustawa o ochronie imienia Józefa Piłsudskiego obowiązywała także w okresie powojennym, aż do uchynienia jej przez przepisy wprowadzające kodeks karny z 1969 r.

²⁹ Tekst art. 10 Konwencji brzmi następująco (po dokonaniu niezbędnej korekty błędów, które znalazły się w oficjalnym tłumaczeniu opublikowanym w Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284):

1. Każdy ma prawo do swobody wypowiedzi. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Niniejszy przepis nie wyklucza prawa Państw do poddania procedurze zezwoleń przedsiębiorstw radiowych, telewizyjnych lub kinematograficznych.

2. Korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez prawo i konieczne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego, ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej.

(dalej jako strasburski Trybunał lub ETPCz) będzie analizował ten zarzut i jaki może zapaść wyrok?

Kontrola strasburskiego Trybunału ma charakter subsydiarny. To władze (sądy) krajowe są przede wszystkim zobowiązane do realizowania postanowień Konwencji i do dokonania oceny, jaka ingerencja jest w świetle krajowych warunków „konieczna w demokratycznym społeczeństwie”. Ale teza o subsydiarności strasburskiego przeglądu okazuje się w pewnych przypadkach retoryczna.³⁰ ETPCz dokonuje bowiem drobiazgowej kontroli ingerencji, pozostawiając krajowym instytucjom znikomą zakres ocennych uprawnień (zwany marginesem swobody ocen). Działa nie jak „klasyczny” sąd międzynarodowy, lecz jak sąd czwartej instancji.³¹

Rygorystyczna i szczegółowa kontrola krajowej ingerencji ma miejsce w przypadku wypowiedzi politycznej i traktowanej analogicznie, gdy chodzi o standard ochronny, wypowiedzi o sprawach mających publiczne znaczenie (*matters of public interest, questions d'intérêt général*).³² Strasburski Trybunał uznaje bowiem, że każda jego zgoda na jednostkowe ograniczenie musi mieć groźne, ogólniejsze konsekwencje dla gotowości uczestniczenia w ważnych społecznie debatach w danym kraju.³³ Dlatego ingerencję – i jej rygor prawny – muszą wspierać *in casu* niezwykle przekonujące racje.

W kontekście wypowiedzi dotyczącej wydarzeń z przeszłości danego kraju dochodzi wszakże do interesującej konfrontacji reguł przemawiających

³⁰ Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen 2002, s. 18; P. Wachmann, *Le délit d'offense envers un chef d'Etat étranger à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2003, s. 992.

³¹ F. Sudre, *Fonction publique et Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt Vogt de la Cour européenne des droits de l'homme ou l'art de l'illusionnisme juridique*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 1996, s. 427.

³² Zarówno angielskie słowo *interest*, jak i francuskie *intérêt* poza rozumieniem słownikowym oznaczającym „zainteresowanie”, mają i inne – tłumaczone jako „znaczenie”. Ta „dwuaspektowość” niezwykle celnie występuje w sformułowaniu *matters of public interest, questions d'intérêt général*, co na język polski należałoby tłumaczyć: „sprawy rodzące publiczne zainteresowanie i mające publiczne znaczenie”. Nie chodzi bowiem o „empiryczne”, rzeczywiste zainteresowanie zbiorowości jakimiś sprawami, lecz o zainteresowanie „normatywne” (znaczenie), tzn. dyktowane przez rangę zagadnień wynikającą z ich związku z pojęciem demokratycznego społeczeństwa, a więc centralną konstrukcją konwencji.

³³ Feldek przeciwko Słowacji, skarga 29032/95, wyr. z 12 lipca 2001 r., ECHR 2001-VIII, par. 83. Główne orzeczenia ETPCz omawiam w mojej książce *Swoboda wypowiedzi w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, Kraków 2006.

z jednej strony za niewielkim marginesem krajowych ocen, a z drugiej za pozostawieniem krajowym sądom jednak znacznych uprawnień ocennych. Debata o bolesnej historii należy niewątpliwie kwalifikować jako dyskusję wokół ważnego zagadnienia posiadającego ogólne znaczenie.³⁴ Skutkuje to rygoryzmem strasburskiego przeglądu. Ale równocześnie debata dotyczy historii konkretnego kraju. To odpowiednie władze (sądy) krajowe, znające miejscowe okoliczności i kontekst debaty, są najlepiej – a na pewno dużo lepiej niż sędzia międzynarodowy – uprawnione ocenić, czy i jakie ograniczenia są konieczne.³⁵ Zakwalifikowanie więc debaty wokół historii kraju jako podnoszącej kwestie o istotnym znaczeniu publicznym ani nie podważa „krajowości” debaty, ani nie uzasadnia zastąpienia krajowych ocen „europejską miarą”.

Z pytaniem o zakres europejskiej kontroli sprawowanej w odniesieniu do ograniczeń dotyczących uczestników dyskusji na temat historii instytucje strasburskie zmierzyły się po raz pierwszy w sprawie Lehideux i Isorni przeciwko Francji.³⁶ Zagadnienia prawne okazały się na tyle skomplikowane, że Europejska Komisja Praw Człowieka (dalej jako Komisja)³⁷ wypowiedziała się w składzie plenarnym, a Trybunał wyrokował jako Wielka Izba.

Postępowanie dotyczyło skazania w procesie karnym za przygotowanie całostronicowego ogłoszenia, zamówionego przez dwa stowarzyszenia działające na rzecz rehabilitacji marszałka Pétaina i opublikowanego w dzienniku „Le Monde”. Skarżący – aktywni działacze tych stowarzyszeń, podpisali się pod ogłoszeniem. Marie-François Lehideux pełnił w czasie wojny (wrzesień 1940 – kwiecień 1942) funkcję ministra produkcji przemysłowej w rządzie marszałka Pétaina. Jacques Isorni to prawnik prowadzący praktykę w Paryżu. W czasie procesu Pétaina wyznaczony został – jako pierwszy sekretarz Konferencji Młodych Adwokatów w Paryżu – do pomocy w obronie. Piętnastego sierpnia 1945 roku Najwyższy Trybunał Sprawiedliwości skazał marszałka za kolaborację z Niemcami na karę śmierci oraz utratę praw publicznych.

³⁴ W sprawie Monnat przeciwko Szwajcarii, trybunał nazwał dyskusję o postępowaniu Szwajcarii w czasie II wojny światowej zagadnieniem wyjątkowo ważnym (*extremely important, la plus sérieuse*) – skarga 73604/01, wyr. z 21 września 2006 r., ECHR 2006-X, par. 59.

³⁵ Tak w Vajnai przeciwko Węgrom, skarga 33629/06, wyr. z 8 lipca 2008 r., zostanie opubl. w ECHR, par. 48.

³⁶ Skarga 24662/94, wyr. z 23 września 1998 r., RJD 1998-VII.

³⁷ Komisja rozpoznawała wstępnie skargi do wejścia w życie Protokołu nr 11 (1 listopada 1998 r.), który reformował strasburski mechanizm kontrolny.

Autorzy ogłoszenia przedstawiali w pozytywny sposób główne fakty z życia marszałka, pytając retorycznie, czy Francuzi o nich pamiętają. O okresie 1940–45 pisano, że gdy Pétain po klęsce w wojnie z Niemcami poproszony został o objęcie władzy, uzyskał rozejm, nie dopuścił do aneksji śródziemnomorskiej części państwa, uratował 2 miliony jeńców wojennych oraz ochronił kraj przed nazistowskim barbarzyństwem. Dzięki umiejętnej polityce marszałek umiał znaleźć równowagę między faszystowskimi Niemcami a państwami sprzymierzonymi; tego samego dnia, gdy Pétain spotykał się z Hitlerem w Montoire, jego przedstawiciele zostali wysłani, by nawiązać kontakty z aliantami. Tajne porozumienia z Amerykanami przyczyniły się do wyzwolenia kraju oraz przygotowania w Afryce armii przeznaczonej do tego celu. Sprzeciw Pétaina wobec władz niemieckich zakończył się jego przymusowym wywiezieniem do Rzeszy. Marszałek uciekł stamtąd do kraju, by stawić czoło oskarżeniom i bronić ludzi, którzy mu zaufali. Do skazania sędziwego, dziewięćdziesięcioletniego człowieka miało dojść po krótkim, sfingowanym procesie.

Zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa pochwalania kolaboracji z wrogiem³⁸ złożyło Krajowe Stowarzyszenie Byłych Członków Ruchu Oporu, które przystąpiło następnie do postępowania jako cywilny uczestnik. Ostatecznie oskarżonym nakazano zapłacenie zadośćuczynienia w wysokości symbolicznego jednego franka oraz publikację fragmentów wyroku w „Le Monde”.³⁹ Sąd apelacyjny nałożył karę – jak sam stwierdził – za „ukrytą apologię”, która „w sposób dorozumiany, lecz konieczny” musiała obejmować przestępstwa wojenne. Faktycznie jednak o winie miało zadecydować bardziej to, czego autorzy nie napisali niż właściwa treść ogłoszenia. Uznano, że w ogłoszeniu pominięto niechlubne karty życiorysu Pétaina, takie jak odpowiedzialność za deportację francuskich Żydów. Ogłoszeniodawcy odwołali się przy tym do tzw. teorii podwójnej gry, odrzuconej przez historyków.

Tak Komisja (23 głosy do ośmiu), jak i Trybunał (15 do sześciu) orzekły, że doszło do złamania art. 10. Władze francuskie podkreślały w przedłożonych

³⁸ Było to przestępstwo przewidziane przez § 24 ustawy o wolności prasy z 1881 r. Orzecznictwo francuskie jasno określało, począwszy od 1912 r., że pochwalanie przestępcy jest tożsame z pochwałą przestępstwa.

³⁹ Prokuratura rekomendowała jednak umorzenie postępowania, z czym nie zgodził się sędzia śledczy, kierując akt oskarżenia do sądu. Oskarżonych uniewinniono w pierwszej instancji. Orzeczenie to zmienił sąd apelacyjny, do którego odwołało się stowarzyszenie kombatanów.

memorandach, że w przypadku dyskusji na temat historii kraju miejscowe władze są z dwóch powodów najbardziej uprawnione do dokonywania ocen. Pierwszy można nazwać zwykłym argumentem historycznym – kompetencja władz krajowych do rozważania wątków historii własnego kraju jest większa niż sędziego międzynarodowego. Drugie uzasadnienie, mające formę rozwiniętego argumentu historycznego, wskazywało na to, że zakwestionowana wypowiedź dotyka wydarzeń bolesnych i nadal rodzących emocje. Ingerencja – poza ochroną porządku publicznego i zapobieganiu przestępstwu – chroniła też prawa innych osób, a dokładnie – ich głębokie uczucia. Dlatego władze francuskie podnosiły, że instytucje strasburskie winny na zasadzie analogii użyć też sformułowanych w sprawach, gdy ograniczenia chroniły przekonania (wrażliwość) moralne lub religijne jednostek.⁴⁰

Obie instytucje strasburskie skoncentrowały się zasadniczo na „technikach” użytych w ogłoszeniu i zakwestionowanych przez francuskie sądy. Opisuując politykę Pétaina jako „w najwyższym stopniu umiętną”, autorzy ogłoszenia odwołali się do tzw. teorii podwójnej gry. Musieli wiedzieć, że odrzuciła ją większość historyków – zarówno francuskich, jak i obcych. Trybunał uznał jednak, że w tej sprawie, która nadal jest przedmiotem badań i interpretacji historyków, nie powinien się wypowiadać. Jego zdaniem nie mamy tu do czynienia z jasno ustalonymi historycznymi faktami, których negacja lub rewizja – jak w przypadku holocaustu – nie podlega ochronie art. 10 ze względu na treść art. 17.⁴¹ Działanie autorów nie może być przy tym zakwalifikowane jako zaprzeczanie zdarzeniom, które sami określili jako „niemiecka wszechwładza i barbarzyństwo” oraz „nazistowskie potworności i prześladowania”. Co najwyżej postępowanie autorów można zinterpretować jako poparcie dla jednej z teorii, które są formułowane przy ocenie roli szefa rządu Vichy. Na ocenę ingerencji musi mieć także wpływ, że autorzy ogłoszenia nie działali we własnym imieniu, lecz jako przedstawiciele legalnie

⁴⁰ W pierwszym przypadku linię orzecniczą trybunału ukształtował wyrok zapadły w sprawie Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii (skarga 5493/72, wyr. z 7 grudnia 1976 r. (skład plenarny), Series A. 24), w drugim – rozstrzygnięcia Otto Preminger przeciwko Austrii (skarga 13470/87, wyrok z 20 września 1994 r., Series A. 295-A) i Wingrove przeciwko Wielkiej Brytanii (skarga 17419/90, wyr. z 25 listopada 1996 r., RJD 1996-V).

⁴¹ Artykuł 17 stanowi, że „żadne z postanowień Konwencji nie może być interpretowane jako przyznające jakiegokolwiek państwu, grupie lub osobie prawa do podjęcia działań lub dokonania aktu zmierzającego do zniweczenia praw i wolności wymienionych w niniejszej konwencji albo do ich ograniczenia w większym stopniu, niż to przewiduje Konwencja”.

działających stowarzyszeń, których celem jest rehabilitacja Pétaina. Nic więc dziwnego, że powołali się na teorię, która w najpełniejszym stopniu wspiera ich wysiłki (par. 47–48 wyroku).

Powodem skazania wydaje się więc przede wszystkim posłużenie się drugą „techniką”, tzn. przemilczaniem. Ogłoszenie przedstawiało Pétaina wyłącznie w pozytywnym świetle i nie wspominało o zarzutach postawionych mu w czasie procesu, który skończył się skazaniem na śmierć. Sposób prezentacji był polemiczny. Trybunał przypomniał wszakże, że art. 10 nie chroni wyłącznie treści informacji lub idei, ale również formę, w jakiej są one komunikowane.

Ukaranie autorów publikacji nastąpiło głównie za brak zdystansowania się od pewnych aspektów działań marszałka, przede wszystkim od podpisanych przez niego aktów prawnych wymierzonych przeciwko Żydom. Prawo to stanowiło podstawę do internowania, a później wysłania do obozów koncentracyjnych. Pochwalanie faszyzmu, podobnie jak podważanie innych wartości podstawowych dla konwencji, nie jest objęte ochroną art. 10. W omawianym przypadku wnioskodawcy otwarcie wyrazili jednak swój negatywny stosunek do hitlerowskich zbrodni i prześladowań. W ogłoszeniu nie wspomnieli wszakże, że przez swoje działania i przyzwolenie Pétain świadomie przyczynił się do zbrodni. Chociaż jest to moralnie naganne, pominięcie tej informacji w tekście musi zostać ocenione w świetle innych okoliczności sprawy. Przede wszystkim chodzi tu o znaczenie, jakie ma dla świadomości zbiorowej refleksja nad historią Francji w okresie Vichy. Kontrowersje dotyczą przy tym wydarzeń sprzed 40 lat, reakcje prawa nie powinny więc być jednakowo surowe jak po upływie tylko 10 czy 20 lat. Jakkolwiek bolesna jest nadal ta debata, powinna toczyć się w sposób otwarty i bez uprzedzeń (par. 55).

Będąc świadomy i uwzględniając żywe nadal emocje związane z dyskusją we Francji o jej wojennej przeszłości, Trybunał dokonał europeizacji tej dyskusji, podporządkowując ją grupie zobiektywizowanych reguł. Prowadziło to do rygorystycznej kontroli. Komisja wyraźnie oznajmiła, że dla ingerencji nie było „pilnej potrzeby społecznej” (par. 67); zakwestionowano zatem ingerencję jako taką, a nie tylko konkretną sankcję. Wyrok Trybunału wydaje się zawierać słabszą tezę. Skazania w postępowaniu karnym, gdy istniały inne, cywilne środki dochodzenia praw, nie można uznać za proporcjonalne (par. 57). Niezależnie od występującej różnicy, obie instytucje strasburskie zakwestionowały użycie prawa karnego, mimo iż wymierzona sankcja była niewielka, a nawet wręcz symboliczna.

Do orzeczeń Komisji i Trybunału dołączono liczne zdania odrębne. Podniesiono w nich m.in. kwestię marginesu swobody ocen, gdy wypowiedź odnosi się do historii kraju. Pisano, że w takich sprawach musi brakować wspólnego europejskiego standardu, zwłaszcza gdy dyskusja toczy się wokół szczególnych wydarzeń i okoliczności właściwych jednemu państwu. Uprawnionym do dokonania oceny powinien być sędzia krajowy.⁴² W jednym ze zdań napisano nawet, że władze francuskie były „wyłącznie uprawnione” do określenia, jaki środek należy zastosować w celu ochrony praw różnych grup (dążących do rehabilitacji Pétaina i reprezentujących poglądy byłych kombatantów), a także aby służyć zbliznieniu ran i pokonywaniu podziałów społeczeństwa francuskiego, związanych z wydarzeniami ostatniej wojny (wspólne zdanie odrębne sędziów I. Foighela, A.N. Loizou i J. Frelanda). Upływ czasu, na który powołał się Trybunał, nie zmienia tej zasady.⁴³

Zgadzam się z poglądem większości. Okoliczność, że dyskusja dotyczy historycznych zagadnień nie powinna prowadzić do zmniejszenia strasburskiej kontroli. Jedynie wtedy, gdy w grę wchodzi kwestie dotyczące art. 17, stanie się to uzasadnione. W każdym innym kontekście swobodną debatę o historii należy uznać za samoistną i podstawową wartość. Wskazanie na emocje i „bolesne karty” stanowi – moim zdaniem – wręcz argument za zwiększeniem ochrony, bo podkreśla to ważkość dyskusji. Tak jak w przypadku debaty politycznej podstawową dyrektywą winno stać się zapewnienie warunków dla otwartej i nieskrępowanej dyskusji. Najlepszą reakcją na uproszczenia bądź przemilczenia jest odpowiedź i riposta, a nie interwencja sądu, od którego oczekuje się „porządkowania” debaty i zapewnienie jej odpowiedniego poziomu. Jeżeli teza o emocjach towarzyszących danemu problemowi jest

⁴² Jest to najczęstszy, różnie ujmowany wątek poszczególnych zdań odrębnych. Podniósł go przewodniczący komisji S. Trechsel (do którego przyłączył się C. Birsan), jej członkowie G.H. Thune, J. Liddy (przyłączył się D. Sváby), J.-C. Geus (przyłączył się I. Békés). W trybunale było tak we wspólnym zdaniu I. Foighela, A.N. Loizou i J. Frelanda, oraz w zdaniach J.M. Morenilli i J. Casadevall.

⁴³ Podobną krytykę sformułowano w literaturze. Wskazywano m.in., że standard ze sprawy Lehideux i Isorni, dotyczący drażliwych kwestii historii kraju, różni się radykalnie od omówionego w dalszej części niniejszego opracowania standardu związanego z dyskusją wokół kwestii religijnych (sprawa Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii). Zob. A. Schaus, *Le délit de presse raciste*, w: *Les droits de l'homme au seuil du troisième millenaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles 2000, s. 755–757; G. Cohen-Jonathan, *Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale*, Revue trimestrielle des droits de l'homme 2001, s. 686–688.

prawdziwa, można zasadnie oczekiwać, że druga strona debaty zareaguje na głos, z którym się nie zgadza.

Sprawa Lehideux i Isorni była szczególna, gdyż powodem ingerencji stało się wybielanie historii, do czego doszło przez pominięcie pewnych informacji i odwołanie się do propozycji interpretacyjnych, które odrzucała większość badaczy. Zazwyczaj jednak przyczyną kwestionowania wypowiedzi nie jest milczenie o pewnych kwestiach, lecz zawarty w niej negatywny obraz lub ocena. Tak było w sprawie Monnat przeciwko Szwajcarii.⁴⁴

W telewizyjnym programie „Stracony honor Szwajcarii” poddano krytyce popularny pogląd – nazwany starannie kultywowanym narodowym mitem – iż podczas wojny władze i mieszkańcy kraju zachowywali się odważnie wobec nazistowskich Niemiec. Twierdzono, że prawdziwy obraz jest zgoła inny – można mówić o sympatii wobec faszyzmu, wynikającej z podobieństwa poglądów rządzących elit. W tym kontekście przywoływano szwajcarski antysemityzm, pranie nazistowskich pieniędzy oraz rozwinętą wymianę handlową z Trzecią Rzeszą.

Po emisji do Niezależnej Komisji ds. Skarg dotyczących Radia i Telewizji wpłynął protest grupy widzów, zarzucający programowi brak obiektywizmu. Komisja uznała zarzut za uzasadniony, gdyż zaprezentowany został tylko jeden punkt widzenia i nie oddzielono osobistych opinii od informacji. Władzom telewizji nakazano podjęcie działań w celu usunięcia stwierdzonego naruszenia prawa. Decyzję podtrzymał Trybunał Federalny. W wyroku stwierdzono, że chociaż „zaangażowane dziennikarstwo” nie jest zabronione, należało powiadomić widzów, że program nie dotyczy „niekwestionowanych faktów”, lecz stanowi możliwą interpretację stosunków między Szwajcarią a Niemcami.⁴⁵ Skutkiem decyzji i wyroku było to, że kopie programu nie mogły być sprzedawane w kraju i za granicę.

Trybunał dostrzegł emocje towarzyszące dyskusji o postępowaniu Szwajcarii podczas II wojny światowej i podzielone opinie szwajcarskiej opinii publicznej. Ale nie zmieniało to faktu, że debata toczyła się wokół zagadnienia mającego wyjątkowo ważne znaczenie publiczne, gdzie krajowy margines swobody ocen jest znikomy. Co więcej, krytyce poddano w programie nie tyle zachowanie szwajcarskiego społeczeństwa, lecz władz kraju. Zastosowanie

⁴⁴ Skarga 73604/01, wyr. z 21 września 2006 r., ECHR 2006-X.

⁴⁵ Wyrok dotyczył skargi wniesionej przez stację telewizyjną. Do rozpoznania nie przyjęto natomiast odwołania dziennikarza uznając, że nie może on uchodzić za ofiarę decyzji Komisji.

znajdą tym samym reguły o wystawianiu się polityków na krytykę i ocenę publiczną (par. 59–60). Z drugiej strony racje mające uzasadnić ingerencję, której celem było uzyskanie przez widza obiektywnej i czytelnej informacji (czyli ochrona praw innych osób), należy konfrontować z takimi okolicznościami, jak dyskusja historyczna o zagadnieniu, gdzie „osiągnięcie pewności jest niemożliwe” (par. 63), oraz upływ ponad 50 lat (par. 64). Trybunał odrzuca też argument o szczególnym wpływie mediów audiowizualnych, bo program był adresowany do wyrobionego widza (par. 68). W konsekwencji strasburscy sędziowie jednomyślnie orzekli o złamaniu art. 10 uznając, że sankcja nawet takiego rodzaju, jak analizowana w szwajcarskiej sprawie, była „formą cenzury”, która mogła zniechęcać Monnata od podejmowania w przyszłości podobnej krytyki. Należy podkreślić, że krajowy środek został też zidentyfikowany jako zagrożenie dla dziennikarzy jako grupy zawodowej, odstraszaający od zabierania głosu w sprawach o publicznym znaczeniu i przeszkadzający w realizowaniu zadania publicznego kontrolera (*public watchdog, chien de garde*) – par. 70.

Chociaż w wyroku pojawiły się wątki związane z krytyką polityków, wyrobioną widownią i dystansem czasu, to wzmacniają one jedynie konkluzję o złamaniu art. 10. Podstawową rangę ma bowiem nieskrępowana debata o historii kraju, podczas której winny zostać dopuszczone różne punkty widzenia i hipotezy, i gdzie osiągnięcie pewności jest niemożliwe.⁴⁶ Rygor obiektywizmu można założyć zasadniczo jedynie wtedy, gdy dyskusja na temat historii dotyczy żyjących postaci (wówczas w grę wchodzi prawa tych osób).⁴⁷ Ale i w takim przypadku konieczne jest precyzyjne uzasadnienie ingerencji przez władze krajowe, uwzględniające rozważenie konfliktowych racji. Trybunałowi oczywiście łatwiej przyjdzie zaakceptować ingerencję,

⁴⁶ Metodologiczne założenie niepewności, które towarzyszy dyskusji wokół historii, uzasadniając konieczność tolerowania mniejszościowych poglądów, nawet jeśli są szokujące bądź ekstrawaganckie, wydaje się fundamentem rekonstruowanego strasburskiego standardu. Trybunał (i sądy krajowe) nie powinny stawać się arbitrem w takich sporach. W tym kontekście zob. także Giniewski przeciwko Francji, skarga 64016/00, wyr. z 31 stycznia 2006 r., ECHR 2006-I, par. 51–52.

⁴⁷ Tę okoliczność sędziowie akcentują w sprawie Chauvy i inni przeciwko Francji, skarga 64915/01, wyr. z 29 czerwca 2004 r., ECHR 2004-VI, par. 69. W wyroku Monnat zwrócono uwagę, podczas analizy konfliktowych interesów, że żaden z żyjących polityków (bądź krewnych polityków), których dotyczył program, nie wystąpił o prawną ochronę swoich dóbr (par. 62). Gdy chodzi natomiast o ochronę praw innych osób (pozostałych widzów), sędziowie oznajmili, że wystąpienie przez nich po emisji ze skargami nie może jako takie stanowić dostatecznego uzasadnienia dla ingerencji (par. 63).

jeśli „obraźliwe hipotezy” są formułowane pod adresem konkretnych postaci z pominięciem istniejącej już wiedzy i materiałów źródłowych.⁴⁸

Należy też zauważyć rolę „argumentu z upływu czasu”, który został użyty tak we francuskiej, jak i szwajcarskiej sprawie.⁴⁹ Dystans czasu dzielący wydarzenia i debatę o nich powoduje bowiem „przeorientowanie” krajowego marginesu swobody ocen. Ocenne uprawnienia krajowe z szerokich, gdy debata ma aktualny charakter, dotycząc niedawnych zdarzeń, stają się wąskie. „Argument z upływu czasu” znajduje przy tym zastosowanie nie tylko podczas weryfikacji ingerencji dokonywanej w związku z dyskusją o historii kraju. Posłużono się nim także w innych kontekstach, gdzie uzasadnienie dla indywidualnego środka (jak i szerzej – dla prawa, które stanowiło normatywną podstawę do użycia takiego środka) wynikało z historycznych racji.⁵⁰ Tak było w postępowaniu dotyczącym ukarania za noszenie pięcioramiennej gwiazdy jako zabronionego totalitarnego symbolu⁵¹ oraz zakazu wykonywania wielu zawodów i funkcji przez byłych funkcjonariuszy oraz współpracowników komunistycznych służb specjalnych.⁵² Należy przy tym zwrócić uwagę na swoiste „skracanie się” perspektywy czasu, jaka wystarcza, by dana ingerencja (i uzasadniające ją ustawodawstwo) została zakwestionowana.⁵³

Wskazana powyżej siatka pojęciowa i argumentacyjna zostałaby użyta *mutatis mutandis* w odniesieniu do hipotetycznej wypowiedzi pomawiającej

⁴⁸ Chauvy i inni przeciwko Francji, par. 73.

⁴⁹ Par. 55 wyroku Lehideux i Isorni, par. 64 wyroku Monnat.

⁵⁰ Za pierwsze orzeczenie, w którym trybunał pośrednio odwołał się do „argumentu z upływu czasu”, można uznać wyrok Vogt przeciwko Niemcom, skarga 17851/91, wyr. z 26 września 1995 r. (Wielka Izba), Series A. 323. Oznajmiono wtedy, że zasadność ingerencji wynikającej z obowiązku lojalności wobec konstytucji (co miało uniemożliwiać powtórzenie się doświadczeń republiki weimarskiej) należy oceniać w kontekście sytuacji z chwili dokonywania ingerencji (par. 57). Dużo bardziej jednoznaczny był sędzia Alphonse Spielmann w zdaniu odrębnym do wyroków Kosick i Glasenapp (wprost wskazał na upływ czasu). Źródło „argumentu z upływu czasu” można też dopatrywać się w raporcie komisji do starej sprawy De Becker przeciwko Belgii, skarga 214/56, raport z 22 stycznia 1960 r., Series B. 2.

⁵¹ Vajnai przeciwko Węgrom, par. 49.

⁵² Sidabras i Džiautas przeciwko Litwie, skargi 55480/00 i 59330/00, wyr. z 27 lipca 2004 r., ECHR 2004-VIII, par. 49; Rainys i Gasparavičius przeciwko Litwie, skargi 70665/01 i 74345/01, wyr. z 7 kwietnia 2005 r., niepubl., par. 36.

⁵³ W sprawie Vajnai były to „niemal dwie dekady”, w Rainys i Gasparavičius – dekada. Porównaj ze sprawą Rekvényi przeciwko Węgrom, gdzie zaakceptowano szerokie zakazy działalności politycznej funkcjonariuszy policji, wprowadzone jednak w okresie przejściowym po upadku komunizmu (skarga 25390/94, wyrok z 20 maja 1999 r., ECHR 1999-III, par. 48).

naród o popełnienie zbrodni, do której miałyby zastosowane art. 132a k.k. Choć bezpośrednim celem ingerencji byłaby w polskim prawie ochrona czci i szacunku narodu polskiego, ograniczenie swobody wypowiedzi analizowano by jako służące celom zapisanym w ustępie 2 art. 10 Konwencji. Ingerencję najpewniej połączono by zatem z ochroną praw innych osób (poszczególnych jednostek tworzących naród) i porządku publicznego.⁵⁴ Takie związanie mogłoby mieć konsekwencje podczas analizy konieczności ingerencji. Strasburski Trybunał mógłby bowiem wymagać, jak czyni to w niektórych nowszych orzeczeniach, by zagrożenia dla porządku publicznego zostały wykazane w kategoriach kwalifikowanego testu rzeczywistego i aktualnego zagrożenia.⁵⁵ Także rozważając ochronę „praw innych osób” ETPCz mógłby dostrzec ewentualne głosy osób („członków Narodu Polskiego”) broniące kwestionowaną wypowiedź. Znaczenie miałyby też wpływ czasu dzielący wydarzenia, których wypowiedź dotyczyła. Również jednostronność wypowiedzi (łączona np. z przemilczaniem zasług narodu) nie byłaby w stanie usprawiedliwić ingerencji. Z dyskusją o przeszłości Trybunał połączył „metodologię wątplenia”, ciągłego kwestionowania istniejących tez i propozycji.⁵⁶

⁵⁴ Takiego samego „podciągnięcia” musiałby dokonać polski Trybunał Konstytucyjny, gdyby rozpoznając skargę RPO podjął się zasadniczej analizy zgodności art. 132a k.k. z Konstytucją. Ta w art. 31 ust. 3 bowiem nie przewiduje, by ingerencja mogła służyć ochronie czci i szacunku narodu. Pośród celów uzasadniających wkroczenie w konstytucyjnie chronioną wolność bądź prawo wymienione zostały natomiast ochrona praw innych osób i porządku publicznego.

⁵⁵ W sprawach Erbakan przeciwko Turcji, skarga 59405/00, wyr. z 6 lipca 2006 r., niepubl., par. 64; Tapkan przeciwko Turcji, skarga 66400/01, wyr. z 20 września 2007 r., niepubl., par. 70 *in fine* i Vajnai przeciwko Węgrom, par. 49 trybunał odwołuje się testu rzeczywistego i aktualnego niebezpieczeństwa (*real and present danger*), stworzonego w orzecznictwie amerykańskiego Sądu Najwyższego.

⁵⁶ Zob. E. Dreyer, *Observations sur quelques applications récentes de l'article 10 de la Convention européenne*, Revue trimestrielle des droits de l'homme 2007, s. 618–619; J.-F. Flauss, *L'Histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Revue trimestrielle des droits de l'homme 2006, s. 5. Odmienne spojrzenie Trybunał łączy jedynie z wypowiedzią negacjonistyczną, a więc zaprzeczającą istnieniu holokaustu, obozów koncentracyjnych, komór gazowych. Zob. np. P. Wachsmann, *Liberté d'expression et négationnisme*, Revue trimestrielle des droits de l'homme 2001; I.C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Analiza krytyczna* (w druku). W szerszej perspektywie, bo niezwiązanej jedynie z ETPCz, problem wypowiedzi negacjonistycznej omawiają np. R. Khan, *Holocaust denial and the law*, New York 2004; M. Imbleau, *La négation du génocide nazi, liberté d'expression ou crime nazi?: le négationnisme de la Shoah en droit international et comparé*, Paris 2003.

Zaakcentowania wymaga ponadto surowość sankcji. Przepis zabraniający pomawiania narodu miał bowiem charakter karny. Sankcje karne, zwłaszcza karę pozbawienia wolności, ETPCz uznaje, szczególnie z nowszym orzecznictwie, za rodzące w oczywisty sposób „mrożący skutek” dla swobody wypowiedzi.⁵⁷ Karę więzienia Trybunał dopuszcza natomiast, gdy wypowiedź posiada publiczne znaczenie, zasadniczo jedynie w przypadku wezwania do przemocy i tzw. mowy nienawiści (*hate speech*).⁵⁸

VI. W kontekście dyskusji o regułach prawnych, które znalazły zastosowanie do pomawiania narodu o pełnienie zbrodni, przywoływany jest art. 301 tureckiego k.k. Przepis ten stał się przedmiotem krytyki nie tylko organizacji pozarządowych, które zajmują się przestrzeganiem praw człowieka,⁵⁹ ale i organizacji europejskich: Rady Europy (której Turcja jest członkiem)⁶⁰ oraz Unii Europejskiej (do której Turcja aspiruje).⁶¹ Paradoksalnie art. 301 znalazł się w tureckim porządku prawnym w następstwie reform krajowego ustawodawstwa, przede wszystkim karnego, które miały umożliwić otwarcie negocjacji akcesyjnych z Unią Europejską.⁶²

⁵⁷ Zob. I.C. Kamiński, *Sankcje karne w orzecznictwie ETPCz za nadużycia swobody wypowiedzi*, Europejski Przegląd Sądowy 2009, nr 1.

⁵⁸ Cumpănă i Mazăre przeciwko Rumunii, skarga 33348/96, wyr. z 17 grudnia 2004 r. (Wielka Izba), ECHR 2004-XI, par. 115.

⁵⁹ Np. oświadczenia Amnesty International z 1 grudnia 2005 r. (EUR 44/035/2005) i z 1 marca 2006 r. (EUR 44/003/2006); oświadczenie londyńskiej organizacji Article XIX z 2 maja 2008 r.

⁶⁰ Zob. np. rezolucje Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy nr 1535 (2007) z 25 stycznia 2007 r., pkt 10.2 i nr 1577 (2007) przyjęta 4 października 2007 r., pkt 19.

⁶¹ Zob. np. dokumenty Komisji Europejskiej nt. postępu Turcji w realizacji wymogów członkostwa w Unii Europejskiej: COM(2006) 649 *final*, s. 14–15; COM(2007) 663 *final*, s. 14–15.

⁶² Artykuł 301 zastąpił bardzo często używany art. 159 starego kodeksu karnego, który przewidywał, że:

„1. Kto publicznie znieważa bądź poniża Naród Turecki, Republikę, Wielkie Zgromadzenie Narodowe lub moralne przymioty (*moral personality*) Rządu, ministrów lub sił zbrojnych bądź sił bezpieczeństwa albo moralne przymioty instytucji sądowych, podlega karze pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do trzech lat.

2. Nawet jeśli podczas popełnienia przestępstwa określonego w poprzednim ustępie nazwisko znieważonej osoby nie jest wprost wymieniane, akt znieważenia uważa się za dokonany bezpośrednio przeciwko tej osobie, gdy istnieją domniemania niepozostawiające wątpliwości, że zniewaga była skierowana przeciwko jednej z osób wymienionych w ustępie pierwszym.

Artykuł 301 jest częścią nowego kodeksu karnego z 26 września 2004 roku (ustawa nr 5237), który wszedł w życie 1 czerwca 2005 roku. Do czasu późniejszej nowelizacji, która zaczęła obowiązywać 8 maja 2008 roku, art. 301 miał następujące brzmienie:

1. Osoba, która publicznie znieważa⁶³ tureckość, Republikę lub Wielkie Zgromadzenie Narodowe Turcji, podlega karze pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do trzech lat.

2. Osoba, która publicznie znieważa rząd Republiki Turcji, organy sądowe Państwa, siły zbrojne lub bezpieczeństwa, podlega karze pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do dwóch lat.

3. W przypadku znieważenia tureckości dokonanej przez obywatela tureckiego w innym kraju kara ulega zwiększeniu o jedną trzecią.

4. Wyrażenie opinii mające na celu krytykę nie stanowi przestępstwa.

Artykuł 301 okazał się być szeroko wykorzystywany przez tureckie instytucje prawne. Według wiarygodnych danych, bo podanych przez ministra sprawiedliwości, tylko w pierwszym kwartale 2007 roku przed tureckimi sądami toczyły się na podstawie art. 301 aż 744 postępowania, które objęły 1189 osób.⁶⁴ Przepis znalazł zastosowanie do różnorodnych wypowiedzi (zabrania wszak znieważania tureckości, państwa, jego wielu instytucji, armii oraz sił bezpieczeństwa).⁶⁵ Jego dyspozycją posłużono się także w odniesieniu

3. Kto publicznie znieważa prawa Republiki Turcji lub dekrety Wielkiego Zgromadzenia Narodowego, podlega karze pozbawienia wolności od piętnastu dni do sześciu miesięcy.

4. Jeśli przestępstwo poniżania Narodu Tureckiego zostaje dokonane przez obywatela tureckiego w innym kraju, kara ulega zwiększeniu od jednej trzeciej do połowy.

5. Wyrażenie opinii mające na celu wyłącznie krytykę, pozbawione zamiaru znieważenia, poniżenia lub obrażenia, nie podlega karze”.

⁶³ W znanych mi tłumaczeniach z języka tureckiego występują sformułowania: *publicly denigrates*, *explicitly (overtly) insults* (ang.), *dénigrement public* (fr.), *öffentlich verunglimpf* (niem.). Na znaczeniowe różnice terminologii użytej w art. 301 (tureckie: *ashağılamak*) i we wcześniej obowiązującym art. 159 (tur.: *talikir i tezyif*) zwraca uwagę B. Algan, *The brand new version of article 301 of Turkish Penal Code and the future of freedom of expression cases in Turkey*, German Law Journal 2008, t. 9, nr 12, s. 2245–2250. Pojęcie użyte w nowym przepisie może objąć także „bardziej umiarkowane” wypowiedzi, bo nie zakłada „znieważającego zamiaru”, a jedynie „znieważający skutek”.

⁶⁴ Dane statystyczne przywołane w B. Algan, *op. cit.*, s. 2239, prz. 12.

⁶⁵ Obok tego przepisu w kodeksie znalazły się przepisy dokonujące penalizacji różnych działań stanowiących naruszenie porządku publicznego (art. 215–217 i 220 – są one często stosowane w sprawach kurdyjskich) oraz artykuł zabraniający wywierania wpływu na toczące się postępowanie sądowe (art. 288).

do twierdzeń mówiących o popełnieniu przez Turcję zbrodni ludobójstwa na ludności ormiańskiej w 1915 roku.⁶⁶

Oficjalnie turecka historiografia zaprzecza, by w czasie I wojny światowej doszło do masowej i celowej eksterminacji Ormian. Uznaje się jedynie, że w wyniku ormiańskich sympatii wobec Rosji oraz buntów, które miały miejsce wiosną 1915 roku (najgłośniejszy był w kwietniu w mieście Van), jak i „spontanicznych” pogromów Ormian, tureckie władze zarządziły przesiedlenie na południe i wschód państwa ormiańskiej ludności. Ofiary miały być zasadniczo następstwem chorób i warunków, jakie panowały w miejscach „koncentracji” i przesiedlenia, a także działań wojennych, ale nie świadomego działania. Autorzy niezależnych opracowań nie mają jednak wątpliwości, że doszło do zamierzonego „ormiańskiego holokaustu” i szacują liczbę zamordowanych oraz zmarłych na co najmniej pół miliona; historycy ormiańscy podają natomiast liczbę aż półtora miliona osób.⁶⁷ W Turcji odbyły się zresztą w latach 1919–1920 procesy sądowe i zapadły wyroki przeciwko grupie polityków oskarżonych o spowodowanie „fizycznej eliminacji” ludności ormiańskiej. Osądzenie sprawców zbrodni popełnionych na terenie imperium ottomańskiego po wybuchu I wojny światowej (1 sierpnia 1914 roku) przewidywał też traktat pokojowy podpisany z Turcją przez państwa alianckie w Sèvres (10 sierpnia 1920 roku).⁶⁸ Należy dodać, że do dzisiaj rzeź Ormian określiło

⁶⁶ Chociaż akty wymierzone przeciwko Ormianom miały miejsce w latach 1915–1922, kluczowe i najbardziej dramatyczne wydarzenia rozegrały się w 1915 r. Dlatego na zasadzie skrótu postępuję się tą ostatnią datą, analogicznie do wielu autorów opracowań na temat ormiańskiej rzezi.

⁶⁷ Na temat ludobójstwa Ormian zob. np. R.G. Hovannisian, *The Armenian Genocide: History, Politics, Ethics*, New York 1992; T. Akçam, *A Shameful Act: The Armenian Genocide and the Question of Turkish Responsibility*, New York 2006; P. Balakian, *The burning Tigris: The Armenian Genocide and America's Response*, New York 2003; V.N. Dadrian, *The History of the Armenian Genocide: Ethnic Conflict from the Balkans to Anatolia to the Caucasus*, Providence-Oxford 1997; *The Armenian Genocide: Documentation*, Munich 1987; G. Chaliand, Y. Ternon, *Genocide des Armeniens*, Bruxelles 1980. Na zauważenie zasługują także opracowania pochodzące od osób, które były świadkami wydarzeń z roku 1915 lub podejmowały związane z nimi interwencje dyplomatyczne: Viscount Bryce, A. Toynbee, *The Treatment of Armenians in the Ottoman Empire 1915–16*, London 1916; H. Morgenthau, *Ambassador Morgenthau's Story*, New York 1918; J. Lepsius, *Deutschland und Armenien*, Potsdam 1921.

⁶⁸ Traktat nie wszedł w życie w konsekwencji „tureckiej wojny o niepodległość”, która wybuchła w proteście przeciwko podziałowi Turcji. Jego miejsce zajął traktat z Lozanny z 24 lipca 1924 r. Nie przewidywał on już osądzenia osób odpowiedzialnych za rzeź Ormian. Brytyjczycy próbowali co prawda postawić pod sądem grupę ottomańskich polityków

jako ludobójstwo 21 państw. Zazwyczaj stało się to w drodze uchwały krajowego parlamentu; tak postąpił również polski Sejm.⁶⁹

Najgłośniejszy przypadek użycia art. 301 przeciwko autorowi wypowiedzi dotyczącej rzezi z roku 1915 roku to sprawa Orhana Pamuka, znanego pisarza tureckiego i laureata literackiej Nagrody Nobla w roku 2006. Zarzuty postawiono mu w związku ze słowami, jakie znalazły się w wywiadzie udzielonym pismu „Das Magazin” (wychodzi w nakładzie ok. 700 tysięcy egzemplarzy), stanowiącemu cotygodniowy weekendowy dodatek do kilku szwajcarskich dzienników, w tym „Tages Anzeiger”. Pamiuk powiedział, że „Zabito tutaj 30 tysięcy Kurdów i milion Ormian. I prawie nikt nie odważa się o tym wspomnieć. Dlatego robię to ja. I za to jestem znienawidzony”.

Oskarżenie Pamuka na podstawie art. 301 wywołało liczne komentarze i krytykę. Protestowały organizacje pozarządowe i literaci;⁷⁰ wydarzenia obserwowała Unia Europejska, do członkostwa w której Turcja aspirowała i która miała niebawem dokonać oceny, czy Turcja spełniła kryteria pozwalające na rozpoczęcie negocjacji akcesyjnych.⁷¹ Ostatecznie do procesu pisarza nie doszło. Wywiad ukazał się bowiem 5 lutego 2005 roku, a więc jeszcze przed wejściem w życie nowego kodeksu karnego (formalnie do wypowiedzi Pamuka miał zastosowanie art. 159 starego kodeksu karnego). Ze względu na tę okoliczność turecki sąd pierwszej instancji postanowił na pierwszej rozprawie (16 grudnia 2005 roku) zwrócić się do ministerstwa sprawiedliwości o wyrażenie zgody na rozpoznanie sprawy w oparciu o art. 301. Gdy ministerstwo uznało, że nie posiada takiego uprawnienia, postępowanie zostało umorzone w dniu 22 stycznia 2006 roku.

Postępowanie przeciwko Pamukowi zostało umorzone ze względów formalnych, a nie zasadniczych. W obliczu międzynarodowych protestów

i wojskowych (tzw. proces maltański), ale pomysł ten został porzucony: zob. V.N. Dadrian, *op. cit.*, s. 310 i n.

⁶⁹ Aktualna lista wraz z przyjętymi tekstami znajduje się na stronie <http://www.armenian-genocide.org/affirmation.html>. Polski Sejm przyjął 19 kwietnia 2005 r. uchwałę w sprawie 90 rocznicy ludobójstwa popełnionego na ludności ormiańskiej.

⁷⁰ Pośród wielu protestów szczególną uwagę zwrócił list, pod którym podpisało się ośmiu wybitnych pisarzy: José Saramago, Gabriel García Márquez, Günter Grass, Umberto Eco, Carlos Fuentes, Juan Goytisolo, John Updike i Mario Vargas Llosa.

⁷¹ Komisarz ds. rozszerzenia UE Olli Rehn oznajmił, że proces Pamuka będzie stanowił papierek lakmusowy pozwalający na sprawdzenie, czy Turcja jest gotowa sprostać kryteriom członkostwa w UE. Parlament Europejski postanowił wysłać swoją pięcioosobową delegację na rozpoczynający się w grudniu proces.

szukano pretekstu, aby zamknąć, ale bez podejmowania merytorycznego rozstrzygnięcia, niewygodny proces. Analiza tureckich publikacji prasowych towarzyszących sprawie Pamuka jednak dowodzi, że duża część mediów popierała wniesienie oskarżenia przeciwko pisarzowi.⁷²

Formalne wybiegi nie znajdowały już zastosowania do wypowiedzi mających miejsce po wejściu w życie kodeksu zawierającego art. 301 (a więc po 1 czerwca 2005 roku). Przepis został użyty w związku z wypowiedziami innego pisarza: Hranta Dinka, tureckiego literata ormiańskiej narodowości. Literatowi wytoczono dwa procesy: pierwszy dotyczył określenia mówiącego o „krwi związanej z Turkami”, drugi za nazwanie w wywiadzie dla Reutersa wydarzeń roku 1915 ludobójstwem. W związku z tą ostatnią wypowiedzią akt oskarżenia wniesiono także przeciwko Aratowi Dinkowi (synowi pisarza) oraz Serkisowi Seropyanowi jako osobom związanym z wydawnictwem, które opublikowało w Turcji tłumaczenie rozmowy.

W pierwszym postępowaniu Dink został skazany na karę sześciu miesięcy pozbawienia wolności w zawieszeniu. Po utrzymaniu wyroku przez sąd apelacyjny pisarz wniósł skargę do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, zarzucając złamanie art. 10 Konwencji Europejskiej. Drugie postępowanie przeciwko literatowi zostało umorzone ze względu na jego śmierć. Hrant Dink został bowiem 19 stycznia 2007 roku zamordowany przez 17-letniego ultranacjonalistę. W procesie dotyczącym wywiadu skazano natomiast na karę roku więzienia dwie pozostałe osoby objęte oskarżeniem.

Inny głośny przypadek skazania za nazwanie wydarzeń z roku 1915 mianem ludobójstwa to sprawa Ragipa Zarakolu, założyciela zasłużonego wydawnictwa Belge. Dnia 18 czerwca 2008 roku orzeczono wobec niego karę roku więzienia, zamienioną następnie na grzywnę, za opublikowanie tureckiego tłumaczenia książki George’a Jerjiana *The Truth Will Set Us Free: Armenians and Turks Reconciled*.⁷³

Przedmiotem ścigania stała się również bestsellerowa powieść tureckiej pisarki Elif Şafak „Bękart ze Stambułu” (turecki tytuł *Baba ve piç*, co literalnie

⁷² M. İri, E. Arcan, *The Orhan Pamuk case: how mainstream Turkish media framed his freedom of speech*, Sosyal Bilimler Dergisi 2007. W Turcji dochodziło również do manifestacji organizowanych przez ugrupowania nacjonalistyczne, a nawet do publicznego palenia książek Pamuka (do takiego działania wezwał też burmistrz miasta Isparta/Sütçüler).

⁷³ Drugi proces przeciwko Zarakolu, związany z wydaniem tureckiego tłumaczenia książki Dory Sakayan, *An Armenian Doctor in Turkey. Garabed Hatcherian: My Smyrna Ordeal of 1922*, został zawieszony w następstwie zmiany art. 301, omawianej w następnej części opracowania.

należałoby tłumaczyć jako „Ojciec i bękart”; angielski *Bastard of Istanbul*).⁷⁴ Był to pierwszy i jedyny przypadek użycia art. 301 do wniesienia oskarżenia w odniesieniu do książki mającej charakter fikcji literackiej. Wystarczyło, że z ust postaci powieści padły takie słowa jak „ludobójstwo”, „tureccy rzeźnicy” czy „zarzynani jak owce”. Ostatecznie sąd uniewinnił pisarkę (wyrok z 21 września 2006 roku).

VII. Szeroka krytyka praktyki związanej ze stosowaniem art. 301 doprowadziła do nowelizacji przepisu, która weszła w życie 8 maja 2008 roku. Obecnie brzmi on następująco:

1. Osoba, która publicznie znieważa Naród Turecki, Państwo Republiki Turcji, Wielkie Zgromadzenie Narodowe Turcji, rząd Republiki Turcji lub organy sądowe Państwa, podlega karze pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do dwóch lat.

2. Osoba, która publicznie znieważa siły zbrojne lub bezpieczeństwa, podlega karze pozbawienia przewidzianej w ustępie pierwszym.

3. Wyrażenie opinii mające na celu krytykę nie stanowi przestępstwa.

4. Ściganie jest uzależnione od zgody Ministerstwa Sprawiedliwości.

W art. 301 dokonano zatem kilku zmian. Niektóre z nich wydają się kosmetyczne, inne natomiast rodzą ważne konsekwencje dla swobody wypowiedzi. Po pierwsze, zamiast pojęcia „tureckości” pojawia się konstrukcja „Narodu Tureckiego”, a w miejsce „Republiki” – „Państwo Republiki Turcji”. Modyfikacja może mieć następstwa w kontekście materiałów z prac prawotwórczych. Dokumenty związane z opracowaniem pierwotnej wersji art. 301 wskazywały na szersze rozumienie tureckości niż narodu tureckiego. Ale tej różnicy nie dostrzegano orzecznictwo, traktując oba pojęcia synonimiczne.⁷⁵

Po drugie, redukcji ulega zagrożenie karą. Zmiana ta ma już ważne konsekwencje, bo zgodnie z regułami tureckiego kodeksu karnego każdy wyrok opiewający na karę pozbawienia wolności do dwóch lat włącznie uprawnia sąd do warunkowego zawieszenia wykonania kary. Po trzecie, użycie art. 301 zostaje uzależnione od zgody ministra sprawiedliwości. Jeśli zgoda będzie udzielana restryktywnie, może powstać skuteczny mechanizm redukujący

⁷⁴ Autorka uważana jest za największą literacką „rywalkę” Orhana Pamuka. W Polsce wydano na razie tylko jedną jej książkę: *Pchli pałac*, Kraków 2009. „Bękart ze Stambułu” ma się ukazać w pierwszej połowie 2010 r.

⁷⁵ B. Algan, *op. cit.*, s. 2241–2244.

stosowanie art. 301, a nawet wręcz eliminujący jego użycie. Należy bowiem pamiętać, że niezwykle częste odwołanie się do art. 301 wynikało bądź z nadgorliwości niektórych prokuratorów, bądź było następstwem zawiadomień o popełnieniu przestępstwa wnoszonych przez Büyük Hukukçular Birliği, organizację zrzeszającą prawników o nacjonalistycznych poglądach.⁷⁶ To właśnie ta organizacja doprowadziła do ścigania Orhana Pamuka. Już poza kontekstem omawianych w niniejszym opracowaniu przypadków ścigania za wypowiedzi dotyczące rzezi Ormian organizacja wniosła zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa przez członka Parlamentu Europejskiego Joosta Legendijka. Holenderski deputowany, który jest przewodniczącym Wspólnego Komitetu Parlamentarnego UE–Turcja (*EU–Turkey Joint Parliamentary Committee*) i zwolennikiem przyjęcia Turcji do Unii Europejskiej, miał się rzekomo dopuścić znieważenia tureckiej armii. Organizacji udało się również sparaliżować prace Komitetu Doradczego ds. Praw Człowieka, działającego przy Urzędzie Premiera. Dwóm członkom komitetu, w tym jego przewodniczącemu zarzucono, że dopuścili się przestępstwa przewidzianego w art. 301 przez publikację raportu na temat praw mniejszości i kulturalnych, w którym zamiast słowa „Turcy” znalazło się określenia „ludność Turcji”.

Po czwarte, z art. 301 zniknęła kwalifikowana forma przestępstwa związana z jego popełnieniem przez obywatela tureckiego poza krajem.

Znowelizowany art. 301, a zwłaszcza wpisany weń obecnie wymóg uzyskania zgody ministra sprawiedliwości na ściganie, obowiązuje od kilku zaledwie miesięcy. Nie można więc na razie określić skutków dokonanej zmiany. Ale należy pokreślić, że spośród niezwykle licznych postępowań, jakie prokuratura była zobowiązana wszcząć na mocy art. 301 po otrzymaniu zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa, do sądów trafiło ostatecznie około 60. Większość rozpoczętych postępowań kończyła się więc ich umorzeniem. Obecnie już samo podjęcie postępowania przez prokuratora wymaga akceptacji ministra sprawiedliwości.⁷⁷ Może to rodzić zastrzeżenia w perspektywie niezależności i samodzielności działań prokuratury, ale jeśli zna się wcześniejszą praktykę, nowy mechanizm należy oceniać pozytywnie.

⁷⁶ Szczególną rolę w inicjowaniu przez organizację postępowań karnych na podstawie art. 301 odgrywał jej przewodniczący Kemal Keremçiz.

⁷⁷ Są natomiast kontynuowane wcześniej podjęte postępowania. Wskazane w poprzedniej części opracowania skazanie Ragipa Zarakolu stanowiło pierwszy wyrok wydany na podstawie art. 301 po jego zmianie w 2008 r.